CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL WALTER VAN GERVEN

apresentadas em 19 de Setembro de 1991 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. Os presentes autos têm por objecto um pedido de decisão prejudicial submetido pelo Tribunale di Genova (Itália), nos termos do artigo 177.° do Tratado CEE, para que o Tribunal de Justiça se pronuncie sobre a interpretação dos artigos 7.°, 30.°, 85.°, 86.° e 90.° do Tratado CEE. As questões submetidas ao Tribunal foram suscitadas no âmbito de um litígio que opõe Merc convenzionali porto di Genova SpA (a seguir «Merci») à Siderurgica Gabrielli SpA (a seguir «Siderurgica»), que tem por objecto a indemnização do dano sofrido na sequência de um atraso na entrega de uma partida de aço, bem como a repetição das quantias, que se alegam ser não equitativas, que foram pagas por serviços efectuados no porto de Génova. Nesse litígio, o órgão jurisdicional de reenvio encontra-se confrontado essencialmente com a questão de saber se a regulamentação das operações portuárias nos portos italianos prevista na legislação italiana é compatível com o Tratado CEE e se as disposições do Tratado relevantes produzem efeito directo.

Contexto jurídico e factual

2. O artigo 110.° do «Codice della Navigazione» (código italiano da navegação, a seguir «Código da Navegação») prevê que todas as operações portuárias [1] nos portos italianos são reservadas para as «compagnie portuali», isto é, companhias de trabalhadores portuários (a seguir companhias portuárias»).

Esse monopólio está garantido pelo artigo 1172.° do Código da Navegação, que prevê sanções penais contra quem, para as operações portuárias, recorra a trabalhadores portuários não membros duma companhia portuária. Em conformidade com os artigos 152.° e 156. do «Regolamento navigazione marittima» (a seguir «Regulamento da Navegação Marítima»), relativos à inscrição no registo dos membros das companhias portuárias e ao seu cancelamento, os trabalhadores portuários devem satisfazer certas condições, entre as quais, a nacionalidade italiana [2].

Em conformidade com o artigo 111.° do Código da Navegação, a organização das operações portuárias por conta de terceiros nos portos italianos é concedida a «imprese portuali» (a seguir «empresas portuárias»), isto é, geralmente, sociedades de direito pri-

* Língua original: neerlandês.

1 — Em conformidade com o artigo 108.° do Código da Navegação, estas abrangem as «operações de carga, descarga, transbordo, armazenagem e movimento em geral das mercadorias ou de qualquer outro material no porto».

2 — Artigos 152.°, n.° 2, e 156.°, n.° 6. Essa exigência vale igualmente para os trabalhadores portuários temporários: ver o artigo 194.° do Regulamento da Navegação Marítima.

vado cujo capital é, completamente ou em grande parte, detido pelas autoridades portuárias. É importante referir que, por força do artigo 111.°, último parágrafo, do Código da Navegação, e em conformidade com as disposições anteriormente referidas, para as operações portuárias que organizem por conta de terceiros, as referidas empresas portuárias apenas podem recorrer às companhias portuárias anteriormente referidas e aos trabalhadores portuários nelas inscritos.

Em conformidade com o artigo 112.° do Código da Navegação e com os artigos 202.° e 203.° do Regulamento da Navegação Marítima, as tarifas e outras condições referentes quer à execução das operações portuárias por parte das companhias portuárias quer à organização das operações portuárias por conta de terceiros por parte das empresas portuárias são determinadas pelas autoridades portuárias.

3. Em 2 de Dezembro de 1988, a Siderurgica, recorrida na causa principal, comprou em Hamburgo uma partida de aço brasileiro no valor de cerca de 6 mil milhões de LIT e expediu por navio essa partida de aço com destino a Génova. A chegada ao porto de Génova, em 22 e 23 de Dezembro de 1988, em conformidade com a legislação italiana anteriormente mencionada, a equipagem do navio não foi autorizada a descarregar ela mesma a carga, apesar do navio no qual o aço foi expedido estar equipado para esse efeito. Por força do artigo 111.°, supracitado, do Código da Navegação, a Siderurgica estava obrigada a recorrer à Merci, empresa portuária à qual foi concedida a organização por conta de terceiros de operações portuárias respeitantes ao frete normal no porto de Génova e, em conformidade com o último parágrafo do artigo que acabo de citar, a Merci recorreu, para a execução propriamente dita das operações portuárias, a descarga e o transporte posterior no porto da partida de aço em questão, à companhia portuária do porto de Génova, a Compagnia unica lavoratori Merci varie del porto di Genova (a seguir «Compagnia») e aos trabalhadores portuários nela inscritos.

Todavia, após a descarga da partida de aço, a Merci não procedeu, durante meses, à entrega do aço à Siderurgica e impediu igualmente a Siderurgica de vir ela própria levantar o aço.

4. Em 10 de Abril de 1989, a pedido da Siderurgica, o presidente do Tribunale di Genova ordenou à Merci a entrega imediata da partida de aço em questão. Em 28 de Abril de 1989, a Merci impugnou essa decisão no Tribunale di Genova, o órgão jurisdicional de reenvio e, no âmbito desse processo, a Siderurgica pediu uma indemnização pelas perdas e danos sofridos, bem como a repetição das quantias que alega ter indevidamente pago pelas prestações de serviços de trabalhadores portuários que não tinha solicitado e que lhe tinham sido impostos[3]. No que se refere ao dano, a Siderurgica sustentou que, devido à não entrega da partida de aço, se viu obrigada a suspender momentaneamente a sua produção e que não pôde fornecer aos seus clientes os produtos que estes tinham encomendado. Além disso, sofreu um prejuízo importante resultante do facto da imobilização, durante meses, do contravalor do preço de compra do aço. Dado que, entretanto, a Merci entregou o aço à Siderurgica, o litígio na causa principal já não versa, actualmente, sobre a ordem de proceder à entrega, mas apenas sobre os pedidos de indemnização pelas perdas e da-

3 — Com efeito, tinha sido recusada à Siderurgica o direito de descarregar ela própria o aço recorrendo à equipagem e às gruas de bordo de que dispunha o navio.

nos e da repetição do indevido apresentados pela Siderurgica.

5. Nas suas alegações perante o órgão jurisdicional de reenvio, a Merci sustenta que não exerce a sua actividade com o seu próprio pessoal mas que, em conformidade com a legislação italiana, está obrigada a recorrer à mão-de-obra que lhe põe à disposição a Compagnia que é a única habilitada a transportar as mercadorias no porto de Génova. Além disso, afirma ela, o que de resto não é contestado, não pôde proceder à entrega do aço à Siderurgica na sequência de uma longa série de greves do pessoal da companhia portuária anteriormente referida. Encontrava-se, pois, na impossibilidade temporária de respeitar o compromisso assumido e, a esse título, não era responsável pelo prejuízo resultante do atraso na entrega. Acresce ainda, continua a Merci nas suas alegações, que também não podia ser tida por responsável pelas quantias, que a Siderurgica considera como não equitativas, debitadas pelas operações portuárias executadas, e isso devido ao facto de terem sido calculadas com base nas tarifas estabelecidas pelas autoridades portuárias que, enquanto empresa portuária, estava obrigada a aplicar em conformidade com o disposto nos artigos 112.° do Código da Navegação e 203.° do Regulamento da Navegação Marítima.

Em contraposição, a Siderurgica afirma que a legislação italiana invocada pela Merci para justificar a sua atitude é contrária aos artigos 90.°, 86.°, 85.° e 37.° do Tratado CEE, e que o órgão jurisdicional nacional é obrigado a não aplicar as disposições de direito interno contrárias ao direito comunitário. Tal levaria, concretamente, à conclusão de que a Merci é ainda assim responsável pelo atraso na entrega das mercadorias e pelo prejuízo resultante desse facto, bem como pela repetição das quantias indevidamente pagas pelas operações portuárias.

6. Ainda que, para justificar a sua atitude, a Merci invoque a legislação italiana aplicável, considera, todavia, tal como a Siderurgica, que, na medida em que essa legislação prevê o monopólio em benefício das companhias portuárias (artigo 110.° do Código da Navegação) é incompatível com o direito comunitário[4]. Todavia, a Merci sustenta que, em seu entender (pelo menos em teoria), essa incompatibilidade justifica efectivamente o pedido de uma indemnização pelas perdas e danos resultantes do atraso na entrega, mas já *não* o pedido da repetição das quantias pagas pela Siderurgica pela prestação dos serviços portuários não solicitados que lhe foram impostas, uma vez que ela própria — a Merci — não se terá enriquecido ao executar essa prestação de serviços.

As questões prejudiciais e a competência do Tribunal de Justiça

7. Confrontado com a decisão deste litígio, o Tribunale di Genova submeteu ao Tribunal de Justiça duas questões prejudiciais visando a interpretação dos artigos 7.°, 30.°, 85.°, 86.° e 90.° do Tratado CEE, com as quais pretende saber se:

«1) No estado actual do direito comunitário, na hipótese da importação por via marítima, no território de um Estado-membro da CEE, de mercadorias pro-

4 — Observo, contudo, que, no entendimento da Merci, o artigo 111.° do Código da Navegação, ao abrigo do qual lhe foi atribuída uma concessão para a organização das operações portuárias por conta de terceiros, não está concretamente em causa. Ver o que adiante se dirá, no n.° 9.

venientes de outro Estado-membro, o disposto no artigo 90.° do Tratado que institui a CEE e as proibições estabelecidas nos artigos 7.°, 30.°, 85.° e 86.° do mesmo Tratado atribuem aos cidadãos comunitários direitos que os Estados-membros devem respeitar, nos casos em que a uma empresa e/ou companhia portuária, que utiliza exclusivamente estivadores nacionais, seja reservada, em regime de exclusivo e de preços obrigatórios, a realização das operações de carga e de descarga de mercadorias nos portos nacionais, mesmo quando seja possível efectuar tais operações com os meios e o pessoal de bordo? ou

2) uma empresa e/ou companhia portuária que utiliza exclusivamente estivadores nacionais, à qual está reservada, em regime de exclusivo e de preços obrigatórios, a realização das operações de carga e de descarga das mercadorias nos portos nacionais, constitui uma empresa encarregada da gestão de serviços de interesse económico geral, na acepção do segundo parágrafo do artigo 90.° do Tratado que institui a CEE, relativamente à qual a aplicação do disposto no primeiro parágrafo do mesmo artigo 90.° e das proibições impostas pelos artigos 7.°, 30.°, 85.° e 86.° do referido Tratado, constituem um obstáculo ao cumprimento, por parte desta, da missão particular que lhe foi confiada?»

8. Antes de me debruçar sobre estas questões, gostaria, a título incidental, de observar que embora, como anteriormente referi, as partes na causa principal estejam em grande parte de acordo quanto à incompatibilidade da legislação italiana em questão com o direito comunitário [5], o Tribunal de Justiça é ainda assim competente para responder às questões submetidas, em conformidade com o artigo 177.° do Tratado CEE. Com efeito, incumbe ao juiz nacional apreciar a relevância das questões de direito que o litígio suscita e a necessidade de uma decisão prejudicial que lhe possibilite proferir uma decisão [6]. O Tribunal de Justiça apenas poderia julgar-se incompetente caso já não existisse qualquer litígio na causa principal [7] ou as questões submetidas não tivessem qualquer relação com a realidade ou o objecto do litígio [8]. Ora, no caso concreto, existe efectivamente um litígio na causa principal e as questões têm uma relação com a realidade e o objecto desse litígio. O facto de as partes na causa estarem de acordo sobre a resposta a dar às questões submetidas não justifica que não possa existir uma dúvida da parte do órgão jurisdicional de reenvio quanto à interpretação correcta do direito comunitário e que, portanto, já não tenha necessidade da interpretação pedida ao Tribunal de Justiça [9].

5 — Apenas existe desacordo quanto aos efeitos que essa incompatibilidade comporta para a Merci quanto à repetição das quantias pagas pela Siderurgica pelas prestação dos serviços portuários.

6 — Acórdãos de 16 de Dezembro de 1981, Foglia/Novello, n.os 14 e 15 (244/80, Recueil, p. 3045), e de 21 de Abril de 1988, Pardini, n.° 8 (338/85, Colect., p. 2041); ver igualmente o despacho do Tribunal de Justiça de 26 de Fevereiro de 1990, Falciola, n.° 7 (C-286/88, Colect., p. I-191).

7 — Ver o acórdão Pardini, citado anteriormente na nota 6, n.° 9.

8 — Acórdão de 16 de Junho de 1981, Salonia/Poidomani e Giglio, n.° 6 (126/80, Recueil, p. 1563), e o despacho Falciola, citado anteriormente na nota 6, n.° 8.

9 — Como resulta das observações que apresentou no Tribunal de Justiça, a Comissão considera que a legislação italiana em questão é contrária ao direito comunitário. Não se percebe claramente por que razão a Comissão não intentou então, em conformidade com o artigo 169.° do Tratado CEE, uma acção no Tribunal de Justiça a respeito dessa legislação: como o advogado-geral Marco Darmon observou nas conclusões que apresentou no processo Leclerc/Au blé vert, um processo instituído nos termos do artigo 169.° teria permitido uma análise «in concreto» da legislação em questão e não uma fiscalização da sua conformidade em abstracto no âmbito de um processo nos termos do artigo 177.° (Recueil 1985, p. 1, n.° 16).

9. O órgão jurisdicional de reenvio solicita ao Tribunal de Justiça que interprete as disposições conjugadas dos artigos 7.°, 30.°, 85.° e 86.° do Tratado CEE, por um lado, e do artigo 90.°, por outro. Com efeito, não se pode contestar que a legislação italiana [10] confere direitos exclusivos, na acepção do n.° 1 do artigo 90.°, quer à companhia portuária Compagnia quer à empresa portuária Merci. Nas observações que apresentou no Tribunal de Justiça, a Merci refere que o monopólio das actividades portuárias, previsto no artigo 110.° do Código da Navegação anteriormente referido, é atribuído às companhias portuárias e não a empresas portuárias como ela própria. As empresas portuárias, pelo contrário, estão obrigadas a «suportar» esse monopólio, por força do disposto no último parágrafo do artigo 111.°, anteriormente citado, do Código da Navegação.

Não pretendo contestar este último ponto. Todavia, contrariamente às alegações da Merci [11] e ao que, a este respeito, os termos insuficientemente precisos das questões prejudiciais poderiam deixar entender [12], não se pode perder de vista que não é apenas o monopólio que o artigo 110.° do Código da Navegação atribui à Compagnia que está em causa no caso concreto, mas ainda a concessão atribuída, em conformidade com o artigo 111.° do Código da Navegação, à Merci, e apenas a ela, para a organização, por conta de terceiros, das operações portuárias referentes ao frete comum [13]. Por outras palavras, existem dois monopólios estritamente interligados: o primeiro, da companhia portuária Compagnia, que se relaciona com a *execução* efectiva das operações portuárias e de que, na medida em que se trate de operações portuárias referentes ao frete comum, a Merci é a única a «sofrer» e um segundo monopólio, da empresa portuária Merci, relativo à *organização por conta de terceiros* das operações portuárias anteriormente referidas, executadas pela Compagnia, aos quais estão sujeitos os utilizadores do porto de Génova. Necessariamente, no caso concreto, convém ter em consideração esses dois monopólios.

10. Resulta já do acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de Abril de 1974, Sacchi [14] e, novamente, dos acórdãos recentes de 19 de Março de 1991, França/Comissão [15], e de 18 de Junho de 1991, ERT [16], que um monopólio atribuído por um Estado-membro a uma empresa, na acepção do artigo 90.°, n.° 1, apenas é compatível com o Tratado quando «as modalidades de organização e exercício de tal monopólio não ponham em causa as disposições do Tratado». Convém, portanto, analisar a seguir se as modalidades de organização e o exercício dos monopólios atribuídos à Compagnia e à Merci violam os artigos referidos na questão prejudicial (artigos 7.°, 30.°, 85.° e 86.°) ou as disposições desses artigos conjugadas com as de outros artigos do Tratado (artigos 48.°, 52.° e 59.°). Vou passar agora a analisar esses artigos: antes de mais, os artigos 7.°, 48.°, 52.° e 59.°, quanto à possibilidade de

10 — Ver os artigos 110.°, 111.°, 112.° e 1172.° do Código da Navegação, anteriormente descritos.

11 — Ver nota 4.

12 — Com efeito, as questões não mencionam expressamente que o monopólio das operações de carga e de descarga das mercadorias se referem ao monopólio atribuído à Compagnia. Todavia, em meu entender, resulta claramente do resto do despacho de reenvio que não é apenas o monopólio atribuído à Compagnia que, concretamente, está em questão.

13 — É certo que não há dúvida de que, em conformidade com o disposto no artigo 111.° do código da navegação, a organização por conta de terceiros das operações portuárias foi atribuída a várias empresas. Todavia, não se contesta que a Merci é a única empresa que, no porto de Génova, recebeu semelhante concessão para o *frete comum*. Tratando-se, por exemplo, dos contentores, existe outro monopólio que foi atribuído à empresa portuária Terminal contenitori di Genova.

14 — Acórdão 155/73, n.° 14 (Recueil, p. 409).

15 — Acórdão C-202/88, n.° 22 (Colect., p. I-1223).

16 — Acórdão C-260/89, n.° 12 (Colect., p. I-2925).

discriminação exercida em razão da nacionalidade, seguidamente os artigos 85.° e 86.°, quanto à possibilidade da violação das normas da concorrência, e, finalmente, o artigo 30.°, quanto a uma eventual restrição imposta ao comércio intracomunitário.

Violação do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade

11. Como já foi referido, os artigos 152.° e 156.° do Regulamento da Navegação Marítima, relativos a companhias portuárias tais como a Compagnia, prevêem a obrigação de se possuir a nacionalidade italiana para se poder ser membro dessas companhias portuárias e, tratando-se das empresas portuárias, tais como a Merci, o artigo 111.°, último parágrafo, do Código da Navegação prevê que, para executar operações portuárias, estas empresas apenas podem recorrer aos membros das companhias portuárias anteriormente referidas. Esta condição de nacionalidade é compatível com o Tratado?

Como correctamente observa a Comissão, não é possível, com base nos elementos do autos, verificar se a execução da prestação de serviços pelos trabalhadores portuários no âmbito de uma companhia portuária deve ser considerada actividade de trabalho assalariado ou actividade independente [17]. Todavia, este ponto tem pouco interesse no caso concreto, dado que a condição da nacionalidade, tal como está prevista na legislação italiana anteriormente referida, é incompatível com o direito comunitário, quer os trabalhadores portuários sejam trabalhadores na acepção do artigo 48.° do Tratado CEE, quer, enquanto membros da companhia portuária, sejam independentes que, na acepção do artigo 52.° do Tratado CEE, se estabelecem num Estado-membro ou, na acepção do artigo 59.° do Tratado CEE, aí venham executar prestações de serviços. Com efeito, o artigo 7.° do Tratado CEE proíbe, no domínio de aplicação do Tratado, qualquer discriminação exercida em razão da nacionalidade; essa proibição está concretizada, para os trabalhadores, no artigo 48.°, n.° 2, do Tratado CEE e, para os independentes, nos artigos 52.° e 59.° do Tratado CEE, e está reconhecida como constituindo uma das disposições fundamentais do Tratado. Ora, concretamente, a condição da nacionalidade impede os nacionais de outros Estados-membros de executarem operações portuárias no porto de Génova, na qualidade de trabalhadores ou de independentes.

Como resulta da matéria de facto no litígio na causa principal, essa condição impede igualmente os prestadores de serviços de outros Estados-membros, com a exclusão dos estivadores dos portos italianos, de executarem operações portuárias. Concretamente, o armador alemão que, por conta da Siderurgica, expediu a partida de aço de Hamburgo para Génova não podia proceder ele próprio à descarga dessa mercadoria, apesar do navio estar equipado para esse efeito. Eis de novo um elemento contrário ao artigo 59.° do Tratado CEE.

12. Por força dos artigos 48.°, n.° 3, 56.°, n.° 1, e das disposições conjugadas dos artigos 66.° e 56.°, n.° 1, do Tratado CEE, as restrições que tenham uma natureza discriminatória e sejam aplicadas respectivamente à livre circulação dos trabalhadores, ao direito de estabelecimento e à livre pres-

17 — A Merci refere que os trabalhadores portuários não são trabalhadores assalariados, mas membros das companhias portuárias; todavia, não exclui que as companhias portuárias empreguem também trabalhadores assalariados.

tação de serviços podem ser justificadas por razões de ordem, segurança e saúde públicas. Acresce que os artigos 48.°, n.° 4, 55.°, primeiro parágrafo, e as disposições conjugadas dos artigos 66.° e 55.°, primeiro parágrafo, do Tratado CEE prevêem que as disposições referentes, respectivamente, à livre circulação dos trabalhadores, ao direito de estabelecimento e à livre prestação de serviços não são aplicáveis aos empregos na administração pública ou às actividades que estejam ligadas ao exercício da autoridade pública.

A condição da nacionalidade inscrita na legislação anteriormente referida não visa, todavia, a protecção da ordem, segurança ou saúde públicas. Não tem por finalidade o interesse geral, mas a promoção dos interesses individuais dos trabalhadores portuários italianos, e não pode, pois, ser justificada com base nas razões anteriormente referidas. Também não se trata de empregos na administração pública, na acepção do artigo 48.°, n.° 4 [18], ou de actividades que se prendam com o exercício da autoridade pública, na acepção do artigo 55.° [19], dada a interpretação restrita que a jurisprudência do Tribunal de Justiça reserva para esses conceitos.

13. Tratando-se do princípio da não discriminação, convém finalmente mencionar que, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, todas as disposições anteriormente referidas produzem efeito directo [20]. Em conjugação com essas disposições que produzem efeito directo, o artigo 90.°, n.° 1, do Tratado CEE produz, também ele, efeito directo [21].

Violação das disposições do Tratado sobre a concorrência

14. Apesar dos artigos 85.° e 86.° do Tratado CEE apenas dizerem respeito ao comportamento das empresas e não às medidas legislativas ou regulamentares adoptadas pelos Estados-membros, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, estes estão, todavia, obrigados, por força do segundo parágrafo do artigo 5.° do Tratado, «a não colocarem obstáculos, por meio da sua legislação nacional, à aplicação plena e uniforme do direito comunitário e a não tomarem ou manterem em vigor medidas susceptíveis de eliminar o efeito útil das normas

18 — Ver, por exemplo, quanto ao conceito de «empregos na administração pública», o acórdão de 17 de Dezembro de 1980, Comissão/Bélgica, n.° 9 e seguintes (149/79, Recueil, p. 3881), donde se deduz que se traduzem por um número limitado de cargos «que comportam uma participação, directa ou indirecta, no exercício dos poderes públicos e nas funções que têm por objecto a salvaguarda dos interesses gerais do Estado ou de outras colectividades públicas» (n.° 10).

19 — Ver, por exemplo, no que se refere ao conceito de «actividades ligadas ao exercício da autoridade pública», o acórdão de 21 de Junho de 1974, Reyners/Bélgica, n.os 42 e seguintes (2/74, Recueil, p. 631), segundo o qual se trata de actividades «que, em si próprias, implicam uma participação directa e específica no exercício da autoridade pública» (n.° 54).

20 — Quanto ao artigo 7.° do Tratado CEE, ver, por exemplo, o acórdão de 28 de Junho de 1978, Patrick Christopher Kenny/Insurance Officer, n.° 12 (1/78, Recueil, p. 1489), e o acórdão de 2 de Fevereiro de 1988, Vincent Blaizot e o./Universidade de Liège e o., n.° 35 (24/86, Colect., p. 379). Quanto ao artigo 48.° do Tratado CEE, ver, por exemplo, o acórdão de 4 de Dezembro de 1974, Yvonne van Duyn/Home Office, n.os 4 a 8 (41/74, Recueil, p. 1337), e o acórdão de 15 de Outubro de 1986, Comissão/Itália, n.° 7 (168/85, Colect., p. 2945). Quanto ao artigo 52.° do Tratado CEE, ver, por exemplo, o acórdão de 21 de Junho de 1974, Reyners/Bélgica, n.os 30 e 32 (2/74, Recueil, p. 631), e o acórdão de 27 de Setembro de 1988, The Queen/H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, n.° 15 (81/87, Colect., p. 5483). Quanto ao artigo 59.° do Tratado CEE, ver, por exemplo, o acórdão de 3 de Dezembro de 1974, Van Binsbergen/Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid, n.os 18 a 27 (33/74, Recueil, p. 1299), e o acórdão de 13 de Dezembro de 1989, Société Corsica Ferries France/Direction générale des douanes françaises, n.° 10 (C-49/89, Colect., p. 4441).

21 — O Tribunal de Justiça afirmou-o formalmente no acórdão Sacchi (ver nota 14) em relação aos artigos 90.° e 86.° Não se vê porque razão tal não valerá na mesma medida para outras disposições que possuem efeito directo. Ver, designadamente, Wyatt, D., e Dashwood, A.: *The Substantive Law of the EEC*, Londres, 1987, p. 524. Ver igualmente já Waelbroeck, M.: «Le droit de la Communauté économique européenne», volume 4, *Concurrence*, Bruxelas, 1972, p. 86, 87.

de concorrência aplicáveis às empresas» [22]. Tratando-se de empresas às quais os Estados-membros tenham atribuído um monopólio, o n.° 1 do artigo 90.° do Tratado CEE constitui uma medida de execução específica do disposto no segundo parágrafo, já referido, do artigo 5.° do Tratado CEE [23].

Estaremos, no caso concreto, perante uma legislação nacional que, em violação do n.° 1 do artigo 90.° do Tratado CEE, é susceptível de eliminar o efeito útil dos artigos 85.° e 86.° do Tratado CEE?

15. Resulta da jurisprudência do Tribunal referente à aplicação das disposições conjugadas do n.° 1 do artigo 90.° e dos artigos 85.° ou 86.° às medidas das autoridades públicas que o artigo 90.° tem por objecto qualquer intervenção dos poderes públicos em relação a empresas visadas nesse artigo que tornem obrigatória uma prática empresarial proibida pelos artigos 85.° ou 86.° [24], a favoreçam [25] ou a tornem inevitável [26], ou que atribua às empresas uma competência de intervenção em substituição dos poderes públicos para os efeitos da regulamentação dos mercados [27]. Essa jurisprudência articula-se essencialmente com o entendimento segundo o qual essa intervenção dos poderes públicos, conjugada com qualquer das práticas das empresas (efectivamente aplicadas pelas empresas em questão) visadas nos artigo 85.° ou 86.°, produz os mesmos efeitos na estrutura da concorrência do mercado comum que uma prática empresarial que não dependa da intervenção dos poderes públicos. Resulta ainda da jurisprudência que a prática empresarial que se exige enquanto «factor de conexão» que origina a aplicabilidade das disposições conjugadas do artigo 90.°, n.° 1, e, ou do artigo 85.°, ou do artigo 86.°, não tem necessariamente que ser anterior à intervenção dos poderes públicos, mas que pode na sua sequência, ser o seu corolário ou efeito inevitável [28].

16. Começarei por analisar, no contexto do artigo 86.°, a questão de saber se a legislação nacional em questão no presente caso concreto impõe tal prática restritiva da concorrência, a favorece ou a torna inevitável [29]. Para esse efeito, devem ser analisadas duas questões: em primeiro lugar, a de saber se a Merci e/ou a Compagnia realizaram actos que, mesmo independentemente de qualquer intervenção do Estado, são constitutivos de um abuso de posição dominante numa parte substancial do mercado comum que seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros e, em segundo lugar, a de

22 — Ver, por exemplo, os acórdãos de 16 de Novembro de 1977, GB-Inno-BM/ATAB, n.° 33 (13/77, Recueil, p. 2115), de 29 de Janeiro de 1985, Cullet/Leclerc, n.° 16 (231/83, Recueil p. 305), de 21 de Setembro de 1988, Van Eycke, n.° 16 (267/86, Colect., p. 4769), de 11 de Abril de 1989, Ahmed Saeed, n.° 48 (66/86, Colect., p. 803), e o acórdão ERT, citado anteriormente na nota 16, n.° 35.

23 — Ver, por exemplo, os acórdãos referidos na nota precedente, GB-Inno-BM/ATAB, n.° 32, Ahmed Saeed, n.° 50, e ERT, n.° 36.

24 — Assim, por exemplo, o acórdão de 4 de Maio de 1988, Bodson/SA Pompes funèbres (30/87, Colect., p. 2479), que afirma que uma autoridade municipal que obrigasse empresas que detêm uma posição dominante a praticar preços particularmente elevados para as suas prestações de serviços agiria em violação do n.° 1 do artigo 90.°

25 — Assim, por exemplo, o acórdão Ahmed Saeed (ver nota 22), que afirma que a aprovação pela autoridade pública de acordos sobre preços contrários ao artigo 85.°, n.° 1, é contrária ao artigo 5.° e, eventualmente, ao artigo 90.°

26 — Assim, o acórdão ERT (já citado na nota 16), que afirma que um Estado-membro infrige as disposições conjugadas dos artigos 90.° e 86.° do Tratado CEE quando atribui a uma empresa um direito exclusivo e cria desse modo uma situação tal que essa empresa seja levada a violar o artigo 86.° O acórdão de 23 de Abril de 1991, Höfner e Elser/Macrotron (C-41/90, Colect., p. I-1979), faz igualmente referência a esse tipo de medidas.

27 — Ver o acórdão Van Eycke (já citado na nota 22), no qual o Tribunal deu por assente que, nesse caso concreto, todavia, essa situação não existia.

28 — Ver, por exemplo, os acórdãos citados nas notas 24, 26 e 27. Para mais amplos detalhes, ver as conclusões que apresentei na audiência de 16 de Outubro de 1991, nos processos apensos C-48/90 e C-66/90, Países Baixos e Koniklijke PTT NV e PTT-Post BV/Comissão.

29 — Não voltarei a considerar, seguidamente, a situação específica em que determinada legislação delega em certas empresas uma competência normativa.

saber se a legislação nacional em questão favorece tal prática abusiva, a torna obrigatória ou inevitável.

Quanto à primeira questão, começo por referir que não se pode contestar o facto de tanto a Merci como a Compagnia serem empresas na acepção do artigo 86.° (tal como do artigo 85.°)[30] e, dada a situação de facto descrita na primeira questão prejudicial, também não se pode contestar o facto de as práticas da Merci e da Compagnia levadas a cabo no âmbito da legislação italiana afectarem o comércio entre os Estados-membros.

Também não se pode pôr em causa o facto de tanto a organização por conta de terceiros como a execução de operações portuárias descritas no artigo 108.° do Código da Navegação[31] se inserirem no domínio de aplicação do artigo 86.° (tal como o do artigo 85.°). Com efeito, como o Conselho afirmou repetidamente[32], devem distinguir-se as actividades portuárias dos transportes marítimos propriamente ditos (ainda que estas lhes sejam complementares); todavia, mesmo supondo que fosse necessário inseri-las nos transportes marítimos, as normas gerais da concorrência inscritas nos artigos 85.° e 86.° seriam aplicáveis a essa matéria, já antes da entrada em vigor do Regulamento (CEE) n.° 4056/86, de 22 de Dezembro de 1986[33][34].

30 — O conceito de empresa foi sempre definido com um âmbito alargado, de tal modo que o acórdão Höfner e Elser, já citado na nota 26, considerou que o Bundesanstalt für Arbeit alemão (serviço federal para o emprego) era ele próprio uma empresa porque, enquanto entidade distinta, essa instituição pública exercia uma actividade económica de angariação de emprego.

31 — Ver nota 1.

32 — Ver a comunicação de 19 de Março de 1985 (JO C 212) e os preâmbulos dos regulamentos (CEE) n.° 4056/86, de 22 de Setembro de 1986 (JO L 378) e (CEE) n.° 3975/87, de 14 de Dezembro de 1987 (JO L 374).

33 — Regulamento (CEE) n.° 4056/86, de 22 de Dezembro de 1986, que determina as modalidades de aplicação dos artigos 85.° e 86.° do Tratado aos transportes marítimos (JO L 378, p. 4).

34 — Quanto à situação análoga do transporte aéreo, ver o acórdão Ahmed Saeed, já citado na nota 22, n.os 32 e 33.

17. Nos termos do artigo 86.° do Tratado CEE, é incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que o comércio entre os Estados-membros possa ser afectado, uma ou várias empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste. No caso concreto, para a Merci, o mercado em causa é o mercado da organização por conta de terceiros de operações portuárias referentes ao frete comum no porto de Génova, enquanto que, para a Compagnia, o mercado em causa é o mercado da execução efectiva dessas operações portuárias.

Incumbe, claro está, ao órgão jurisdicional nacional apreciar se esses mercados podem constituir uma parte substancial do mercado comum. Contudo, resulta dos autos que, dado o *alcance* das operações portuárias referentes ao frete comum que nesse porto são organizadas por conta de terceiros e que nele são levadas a cabo, o porto de Génova é um dos portos mais importantes da Comunidade e o porto mais importante da Itália e que, devido à sua situação e à sua infra-estrutura, os utilizadores desse porto não têm frequentemente *outra* possibilidade senão utilizar o porto de Génova. Esses elementos constituem, em meu entender, sérios indícios para concluir que os dois mercados anteriormente referidos, que, de resto, estão estritamente interligados, uma vez que têm por objecto as mesmas operações portuárias, são suficientemente importantes para poderem ser considerados como uma parte substancial do mercado comum.

Não se pode contestar o facto de que a Merci ocupa, no mercado das operações portuárias por conta de terceiros, uma posição dominante, isto é, uma situação «que

lhe dá a possibilidade de obstar à manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em causa, fornecendo-lhe a possibilidade de comportamentos independentes numa medida apreciável em relação aos seus concorrentes e aos seus clientes e, finalmente, aos consumidores» [35].

Também não se pode contestar que a Compagnia ocupa uma posição dominante no mercado da execução efectiva das operações portuárias. A circunstância de, como no presente caso, a falta de concorrência nesses mercados ser criada ou favorecida por disposições legislativas ou regulamentares de modo algum obsta à aplicação do artigo 86.° [36]. No acórdão ERT [37], o Tribunal de Justiça referiu que uma empresa que beneficia de um monopólio legal pode ser considerada como ocupando uma posição dominante, na acepção do artigo 86.° do Tratado.

18. A Merci e/ou a Compagnia comportaram-se de um modo que constitui um abuso da posição dominante, na acepção do artigo 86.°? Como já referi, analisarei, em primeiro lugar, o comportamento da Merci e da Compagnia em si mesmo, independentemente da legislação nacional em questão.

Segundo o artigo 86.°, *segundo parágrafo, alínea a)*, as práticas de abuso da posição dominante podem consistir em impor de forma directa ou indirecta preços de compra ou de venda ou condições de transacção não equitativas, ficando subentendido que se devem considerar como não equitativos os preços e as condições que sejam claramente menos favoráveis para o utilizador que os preços e as condições que teria podido negociar caso existisse uma concorrência normal e suficientemente eficaz [38].

Uma vez mais, incumbe ao órgão jurisdicional nacional apreciar se a Compagnia e/ou a Merci impuseram, para as prestações portuárias em causa, preços ou outras condições contratuais não equitativas. Todavia, é necessário observar que o Tribunal já considerou reiteradamente que uma empresa que beneficie de uma situação de monopólio de facto ou de direito terá imposto preços ou condições não equitativas [39] e que, concretamente, se poderá levantar a questão dos preços ou outras condições contratuais não equitativas, na medida em que uma companhia portuária debite a uma empresa portuária e/ou uma empresa portuária debite aos utilizadores do porto prestações de serviços não solicitadas [40] ou mesmo não fornecidas, ou na medida em que as tarifas com base nas quais os preços foram calculados sejam totalmente desproporcionadas em relação às prestações de serviços efectiva-

35 — Ver, por exemplo, o acórdão de 9 de Novembro de 1983, Michelin, n.° 30 (322/81, Recueil, p. 3461), e o acórdão de 3 de Outubro de 1985, CBEM, n.° 16 (311/84, Recueil, p. 3261).

36 — Ver, por exemplo, o acórdão de 13 de Novembro de 1975, General Motors, n.° 9 (26/75, Recueil, p. 1367), e os acórdãos, já citados, GB-Inno-BM, n.° 34, e CBEM, n.° 16.

37 — Já citado na nota 22.

38 — Ver o acórdão de 14 de Fevereiro de 1978, United Brands/Comissão, n.° 249 (27/76, Recueil, p. 207). Resulta do acórdão general Motors, já citado, n.° 12, que o Tribunal considera que os preços não são equitativos quando são exagerados em relação ao valor económico da prestação fornecida (ver igualmente o n.° 250 do acórdão United Brands).

39 — Ver o acórdão Sacchi, já citado na nota 14, n.° 17, o acórdão General Motors, já citado na nota 36, n.os 11 e 12, e o acórdão de 11 de Novembro de 1986, British Leyland/Comissão, já citado, n.° 27 (226/84, Colect., p. 3263), no qual o Tribunal de Justiça remete para o acórdão General Motors.

40 — Como resulta dos factos referidos anteriormente (ver *supra* n.° 3), as operações portuárias organizadas pela Merci por conta da Siderurgica e executadas pela Compagnia foram, na realidade, impostas à Siderurgica; com efeito, a Siderurgica desejava proceder ela própria à descarga da partida de aço e organizar o seu transporte.

mente executadas[41]. Resulta dos dados disponíveis que as prestações de serviços portuárias em questão não apenas podem também ser executadas a um preço muito menos elevado do que o que é creditado pela Compagnia à Merci e pela Merci aos utilizadores do porto como ainda que o são efectivamente nos outros portos europeus[42]. Todavia, a complexidade das tarifas torna praticamente impossível a determinação dos critérios utilizados para o cálculo do preço de uma operação; esse elemento também pode constituir um índice da inexistência de uma relação entre o custo real da prestação do serviço e o preço facturado[43].

Convém ainda observar que, como resulta do acórdão Bodson, a imposição de preços não equitativos por parte de concessionários é igualmente contrária ao artigo 86.° do Tratado CEE, ainda que as tarifas tenham sido impostas pelos poderes públicos no âmbito da atribuição da concessão[44]. Todavia, esta última circunstância pode originar a não aplicação à empresa em questão das sanções previstas no direito comunitário.

19. Em conformidade com o artigo 86.°, *segundo parágrafo, alínea b)*, do Tratado CEE, as práticas de abuso de posição dominante podem igualmente consistir na limitação da produção, da distribuição ou do desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores. Como observam a Comissão e a Siderurgica, encontramo-nos certamente em presença de tal prática abusiva quando a companhia portuária que beneficia do monopólio da execução das operações portuárias se recusa — nem que seja para efeitos da protecção do emprego — a recorrer à tecnologia moderna e, desse modo, eleva consideravelmente o custo das operações portuárias para a empresa portuária e, através desta, para os utilizadores do porto e ocasiona longos períodos de espera antes de poderem ser executadas as operações[45].

20. Finalmente, convém observar que, em conformidade com o artigo 86.°, *segundo parágrafo, alínea c)*, as práticas de abuso de posição dominante podem também consistir na aplicação aos parceiros comerciais de condições desiguais para prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência[46]. Concreta-

41 — A este respeito, a Siderurgica remete para um estudo de Lauria, F.: «Le Compagnie portuali nel diritto interno e comunitario», Edizione Giuffré, Milão, 1981, e para uma conclusão formulada pelo «Comitato sezione lavoro» da autoridade portuária do porto de Génova, num relatório de 23 de Julho de 1987, do seguinte teor: «... actualmente, se se fixar em 100 o valor do custo de base da mão-de-obra, as quantias adicionais a aplicar a esse custo para se chegar ao custo final da operação podem ir até 1 194,26 % (*sic! !*)». (citada nas observações da Siderurgica, na página 12).

42 — A este respeito, a Comissão remete para um estudo da Marconsult SpA, de 1990, referente à organização e ao custo do transbordo de *containers* nos principais portos europeus. Resulta desse estudo, por exemplo, que o custo do transbordo de uma unidade varia entre 110 000 e 116 000 LIT no porto de Antuérpia, entre 180 000 e 200 000 LIT nos portos de Hamburgo, Marselha e Nápoles e entre 230 000 e 250 000 LIT nos portos de Veneza, Barcelona e Livorno, enquanto que o custo do transbordo da unidade é de 270 000 LIT no porto de Génova.

43 — No relatório de 23 de Julho de 1987, já referido na nota 41, o «Comitato sezione lavoro» da autoridade portuária do porto de Génova referia o seguinte: «O sistema tarifário aplicado no porto de Génova para as prestações de serviços portuários tem sido desde sempre considerado desfavoravelmente pela sua complexidade e não transparência, bem como pela natureza indeterminada do custo final dos serviços» (citado nas observações da Siderurgica, na página 12).

44 — Acórdão de 4 de Maio de 1988, já citado na nota 24.

45 — Ver, a este respeito, as observações da Comissão, página 38 e as observações da Siderurgica, página 15.

46 — Ver o acórdão Michelin/Comissão, já citado na nota 35, n.os 87 a 91, no qual o tribunal de Justiça considerou não existir uma prática abusiva na acepção do artigo 86.°, segundo parágrafo, alínea c), dado não se ter demonstrado que as diferenças de tratamento entre os diferentes revendedores resultavam da aplicação de critérios diferentes e se justificavam por considerações comerciais legítimas (no n.° 90).

mente, tal parece ser o caso, uma vez que, mediante negociação e por «derrogação» às tarifas, um preço preferencial é debitado a certos utilizadores do porto, por meio da redução dos custos adicionais e da compensação dessa redução com o aumento dos custos debitados aos outros utilizadores, sem que haja uma razão objectiva que justifique essa prática [47]. Essa prática é facilitada pela complexidade e a natureza confusa das tarifas aplicáveis.

21. Em meu entender, dos elementos referidos podem retirar-se sérios indícios que permitem ao órgão jurisdicional nacional concluir que, ao impor preços de compra e condições contratuais não equitativas, tanto a Merci como a Compagnia abusam dos monopólios que lhes foram atribuídos pela legislação italiana, numa parte substancial do mercado comum, e que, ao se recusar a utilizar a tecnologia moderna, a Compagnia explora de forma abusiva a sua posição dominante e que, ao aplicar aos parceiros comerciais condições desiguais em relação às que aplica aos seus concorrentes, a Merci explora de forma abusiva a sua posição dominante.

22. Assim sendo, convém agora analisar se esse abuso de posição dominante na acepção do artigo 86.° — na medida em que o órgão jurisdicional nacional o considere provado — é imposto, favorecido, ou é tornado inevitável pela legislação nacional relevante. Creio que não pode haver muitas dúvidas a este respeito. Com efeito, as tarifas e as outras condições contratuais, que eventualmente não são equitativas e que são aplicadas pela Merci e Compagnia, foram tornadas possíveis, senão inevitáveis, pela legislação nacional aplicável e são favorecidas, caso não tenham sido tornadas obrigatórias, pelas autoridades portuárias, nos termos das competências que a legislação nacional lhes atribui [48]. As outras práticas abusivas são, também elas, tornadas possíveis por essa legislação. Sem o monopólio da execução das operações portuárias que lhe foi atribuído pela legislação italiana, a Compagnia não teria certamente podido deixar de recorrer à tecnologia moderna. Do mesmo modo, no que se refere à desigualdade de tratamento dos parceiros comerciais, é patente que tal desigualdade apenas é possível em virtude do monopólio atribuído à Merci e à natureza confusa do regime tarifário instituído pelos poderes públicos.

Resulta do que acabo de referir existirem também, no caso concreto, sérios indícios de que a legislação nacional em questão no litígio na causa principal adoptou ou mantém em vigor medidas contrárias às disposições conjugadas do artigo 90.°, n.° 1, e do artigo 86.° do Tratado CEE. Uma vez que, conjugado com uma disposição do Tratado que produza efeito directo, tal como o artigo 86.°, o artigo 90.°, n.° 1, produz ele também efeito directo [49], isso implica que, na medida em que o órgão jurisdicional nacional esteja de acordo quanto à matéria de facto anteriormente referida, os particulares podem, em virtude das suas práticas abusivas nos termos das disposições referidas, invocar directamente em relação ao Estado-membro em questão certos direitos, tal como, naturalmente, os podem invocar directamente em relação à Merci e a Compagnia.

47 — Tal resulta do relatório de 23 de Julho de 1987 do «Comitato sezione lavoro» das autoridades portuárias do porto de Génova, já citado (ver as observações da Siderurgica, página 13).

48 — Ver *supra*, n.° 2.

49 — Ver o acórdão Sacchi, já citado na nota 14, n.° 18.

23. A questão seguinte consiste em saber se a legislação nacional que concretamente está em causa também é contrária às disposições conjugadas dos artigos 90.°, n.° 1, e 85.°

Nos termos do *artigo 85.°*, são incompatíveis com o mercado comum, e portanto proibidos, todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associação de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum.

Como já anteriormente referi (no n.° 16), não pode haver dúvidas quanto ao facto de que a Merci e a Compagnia são empresas na acepção do artigo 85.°, que esse artigo é aplicável à execução e à organização das operações portuárias e que, no caso concreto, como resulta das questões prejudiciais, o comércio entre os Estados-membros pode ser afectado pela legislação analisada e pelos actos que se fundam nessa legislação. No acórdão ERT, o Tribunal sublinhou, todavia, que a aplicação do artigo 85.° do Tratado CEE pressupõe a existência efectiva de um acordo que restrinja a concorrência ou, melhor dito, de um acordo entre empresas [50].

24. Dos elementos de que o Tribunal dispõe não se pode concluir terem sido celebrados acordos entre a empresa portuária Merci e a companhia portuária Compagnia. Em contrapartida, também não se pode sem mais excluir, muito pelo contrário, que entre elas se verifiquem práticas concertadas suscitadas, favorecidas ou tornadas inevitáveis pela legislação nacional aplicável. Com efeito, o Tribunal definiu a prática concertada como «uma forma de coordenação entre empresas que, sem ser levada até ao ponto da realização de um acordo propriamente dito, substitui voluntariamente aos riscos da concorrência uma cooperação prática entre elas». Segundo o Tribunal, «se um paralelismo de comportamento não pode, por si só, ser identificado com uma prática concertada, pode, todavia, ser dela um índice sério, quando tenha por resultado condições de concorrência que não correspondem às condições normais do mercado» [51].

Esses processos diziam respeito a empresas que se encontravam em concorrência directa. Todavia, é matéria assente que os acordos verticais, isto é, os acordos celebrados entre empresas que não estão em concorrência directa, e, portanto, também as práticas concertadas dessas empresas são igualmente abrangidos pelo artigo 85.°, na medida em que restrinjam o jogo da concorrência em relação a terceiros. Nesse contexto, incumbe ao órgão jurisdicional nacional apreciar se a Merci e a Compagnia adoptaram cientemente práticas concertadas que, como referi anteriormente aquando da análise do comportamento abusivo das empresas consideradas separadamente, restringem o jogo da concorrência. A circunstância dessas práticas concertadas terem sido inspiradas ou tornadas imperativas pela legislação nacional aplicável não lhes serve de justificação (essa circunstância constitui, toda-

50 — Ver o n.° 29 do acórdão ERT, já citado na nota 16. Ver igualmente as conclusões do advogado-geral Lenz, apresentadas em 23 de Janeiro de 1991 no processo anteriormente referido, Colect. 1991, p. I-2939, n.° 32.

51 — Acórdão de 14 de Julho de 1972, ICI/Comissão, n.os 64 e 66 (48/69, Recueil, p. 619); ver igualmente o acórdão de 16 de Dezembro de 1975, Suiker Unie e o./Comissão, n.° 191 (40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Recueil, p. 1663).

via, um factor que pode ser tido em consideração quanto à aplicação de multas às empresas). Em contrapartida, essa circunstância tem por efeito permitir aos particulares contestar a aplicação da legislação nacional, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 90.°, n.° 1, e 85.° É que, consideradas em conjugação com as do artigo 85.°, as disposições do artigo 90.°, n.° 1, produzem efeito directo.

Violação da proibição do artigo 30.° do Tratado CEE

25. Segundo jurisprudência constante do Tribunal, constitui medida de efeito equivalente, na acepção do artigo 30.° do Tratado CEE, qualquer regulamentação comercial que possa constituir directa ou indirectamente, actual ou potencialmente, um obstáculo ao comércio intracomunitário [52]. Assim será com os monopólios das operações portuárias concretamente em causa? Segundo a Comissão, o artigo 30.° não releva para o caso concreto, dado que, pelo menos à luz dos elementos de que tem conhecimento, os monopólios acima referidos não têm por efeito dificultar a colocação no mercado italiano dos produtos importados em relação aos produtos nacionais. A Siderurgica defende, pelo contrário, que os monopólios e os preços não equitativos das prestações de serviços portuários que deles resultam têm sobretudo repercussão nos produtos importados e que, portanto, convém considerar os referidos monopólios como regulamentações comerciais, na acepção do artigo 30.°

52 — Acórdão de 11 de Julho de 1974, Dassonville, n.° 5 (8/74, Recueil, p. 837).

Pode resultar dos elementos de que dispõe o Tribunal que os monopólios atribuídos à Merci e à Compagnia têm efectivamente como resultado preços não equitativos e deficientes prestações de serviços, tendo sido as importações dos produtos provenientes de outros Estados-membros tornadas mais caras e mais difíceis, o que será suficiente para a aplicação do artigo 30.° Contudo, não creio que esse efeito possa ser imputado à legislação nacional, considerada em si mesma, mas sim aos actos realizados pela Merci e a Compagnia ao abrigo dessa legislação, no âmbito dos monopólios que lhes foram atribuídos. Donde, em meu entender, se conclui que, em relação à legislação nacional em causa, é o artigo 90.°, conjugado com os artigos 85.° e 86.°, e não o artigo 30.°, a disposição aplicável.

O artigo 90.°, n.° 2, do Tratado CEE

26. O n.° 2 do artigo 90.° do Tratado CEE dispõe que as empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal estão sujeitas às normas do Tratado, designadamente às regras da concorrência, *na medida em* que a aplicação dessas não constitua um obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes tenha sido confiada. Essa derrogação, em benefício de certas empresas, das disposições do Tratado não se aplica, todavia, quando o desenvolvimento das trocas comerciais seja afectado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade.

Com a sua segunda questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se a Merci e a Compagnia são empresas

encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral e, na afirmativa, se a aplicação, designadamente, dos artigos 7.°, 85.° e 86.° do Tratado CEE obsta ao cumprimento da sua missão específica. Na medida em que tal seja o caso e as outras condições do n.° 2 do artigo 90.° estejam igualmente preenchidas, deve concluir-se, em meu entender, que, em relação aos pontos objecto da parte das minhas conclusões que acabo de expor, uma legislação nacional que torna obrigatória, favorece ou torna inevitável essa prática de empresas, *que seja autorizada nos termos do n.° 2 do artigo 90.°*, não é, apesar disso, contrária às disposições do artigo 90.°, n.° 1, conjugadas com as outras disposições do Tratado.

27. Deve começar-se por observar que o conceito de «empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral» tem uma acepção comunitária específica. Segundo a jurisprudência do Tribunal, que sempre afirmou que esse conceito merece interpretação restritiva [53], é necessário que os poderes públicos tenham confiado à empresa o exercício das actividades que exerce [54] e que essas actividades sejam necessárias por razões de interesse geral [55]. Resulta da legislação nacional em questão que tanto as empresas portuárias como as companhias portuárias foram encarregadas pelos poderes públicos do desempenho das actividades que exercem. Essa circunstância não implica, todavia, por si só, que as actividades revistam um interesse económico geral, na acepção do n.° 2 do artigo 90.° Embora a organização da actividade de um porto seja indubitavelmente, enquanto tal, de interesse económico geral, o mesmo já não se pode dizer, em meu entender, das actividades das companhias portuárias e das empresas portuárias que consistem em executar ou organizar as operações portuárias por conta de terceiros. Com efeito, as operações portuárias compreendem as operações de carga, descarga, transbordo e armazenagem das mercadorias. Se semelhantes operações também estivessem abrangidas pelo conceito de serviços de interesse económico geral, este podia abranger praticamente todas as actividades económicas [56]. Em meu entender, como resulta igualmente dos acórdãos anteriormente referidos na nota 55, apenas estão abrangidas nesse conceito as actividades que beneficiam directamente à colectividade.

Mesmo admitindo que as operações portuárias anteriormente referidas possam ser consideradas como serviços de interesse económico geral, ainda assim não se terá demonstrado que o respeito das regras do Tratado anteriormente referidas e, especificamente dos artigos 7.°, 85.° e 86.°, seja incompatível com o exercício da sua missão pública, por outras palavras, que, para o exercício da referida missão, seja indispensável violar as normas do Tratado [57]. Acresce ainda que é necessário que a aplicação da derrogação às normas do Tratado não seja contrária ao interesse da Comunidade.

53 — Ver, por exemplo, o acórdão de 27 de Março de 1974, BRT/SABAM, n.° 19 (127/73, Recueil, p. 313).

54 — Ver o acórdão BRT/SABAM, citado na nota precedente, n.° 20, o acórdão de 2 de Março de 1983, GVL/Comissão, n.os 29 a 32 (7/82, Recueil, p. 483), e o acórdão Ahmed Saeed, citado na nota 22, n.° 55.

55 — Ver o acórdão Ahmed Saeed, citado anteriormente na nota 22, n.° 55. Até hoje, o Tribunal considerou, designadamente, como actividades de interesse económico geral: a manutenção da navegabilidade de uma via aquática importante (acórdão Muller/Luxemburgo, 10/71, Recueil 1971, p. 723), a distribuição de água (acórdão IAZ International Belgium/Comissão, 96/82, Recueil, p. 3369), o fornecimento de prestações de serviços no domínio das telecomunicações (acórdão Itália/Comissão, 41/83, Recueil 1985, p. 873) e as emissões de televisão (acórdão Sacchi/Itália, 155/73, Recueil 1974, p. 409).

56 — Essa parece ser igualmente a opinião do Tribunale amministrativo regionale que, em decisão de 21 de Dezembro de 1988 referente às companhias portuárias, declarou: «Com efeito, deve excluir-se que a regulamentação nacional do sector das companhias portuárias tenha desejado proceder à delegação de um serviço de interesse económico geral» (*Foro It.* 89, parte 3, p. 98).

57 — Ver o acórdão Höfner e Elser, já citado na nota 26, n.° 24, bem como o acórdão CBEM, já citado na nota 35, n.° 17.

28. Em relação ao n.° 2 do artigo 90.°, num acórdão de 14 de Julho de 1971, o Tribunal declarou que não produzia efeito directo uma vez que «a aplicação dessa disposição comporta a análise das exigências inerentes, por um lado, ao cumprimento da missão específica atribuída às empresas em questão e, por outro, à salvaguarda do interesse da Comunidade» [58]. Isso não impediu, todavia, que o Tribunal de Justiça declarasse, em acórdãos posteriores, no contexto do primeiro critério de análise referido na citação, que incumbe ao juiz nacional verificar se uma empresa que invoca as disposições do n.° 2 do artigo 90.° para não aplicar as disposições do Tratado está realmente encarregada da gestão de serviços de interesse económico geral [59], o que no presente caso é improvável, como já anteriormente observei. Mesmo admitindo que, concretamente, as empresas tenham sido encarregadas da gestão de um serviço de interesse económico geral, apenas se poderiam prevalecer da derrogação do n.° 2 do artigo 90.° caso conseguissem demonstrar ao juiz nacional qual é a natureza exacta das necessidades de interesse económico geral em questão e qual é a repercussão que esta pode ter na atitude das empresas em causa [60]. Tal não é o caso, por exemplo, das tarifas aprovadas pelos poderes públicos e cuja estrutura não seja transparente, circunstância que, como já referi anteriormente, parece igualmente existir no presente caso concreto [61].

Esta jurisprudência leva-me, pois, a concluir que incumbe ao juiz nacional analisar se uma empresa que se prevalece da derrogação do n.° 2 do artigo 90.° foi efectivamente encarregada de um serviço de interesse económico geral, segundo a acepção que esse conceito tem em direito comunitário e, na afirmativa, se e em que exacta medida as necessidades do interesse económico geral obrigam a referida empresa a agir contrariamente às disposições do Tratado, tais como os artigos 7.°, 85.° e 86.° Isso implica que o ónus da prova incumbe às empresas em questão e que são elas que devem demonstrar ao juiz nacional que as condições adicionais do n.° 2 do artigo 90.° estão preenchidas.

Se o juiz nacional chegar à conclusão de que as condições adicionais estão efectivamente preenchidas (o que no presente caso me parece muito pouco provável), dispõe ainda da faculdade, quanto ao segundo critério de apreciação referido na citação enunciada no início do presente número das minhas conclusões (ou seja, quanto à questão de saber se da missão atribuída pelo Estado-membro e do seu exercício não resulta um desenvolvimento do comércio contrário ao interesse da Comunidade), de contactar a Comissão, caso o entenda, para efeitos da resposta que procura e isso por analogia em relação ao que o Tribunal admitiu relativamente à aplicação dos artigos 85.° e 86.° [62], a fim de obter os dados jurídicos e económicos que lhe permitam responder a essa questão.

58 — Ver o acórdão Muller, já citado na nota 55, n.os 13 a 16.

59 — Ver os acórdãos Sacchi, já referido na nota 14, n.° 18, BRT/SABAM, já referido na nota 53, n.° 22, CBEM, já referido na nota 35, n.° 17, e Ahmed Saeed, já referido na nota 22, n.os 55 a 57.

60 — Ver o acórdão Ahmed Saeed, já referido na nota 22, n.° 56.

61 — *Ibidem*, n.° 57.

62 — Ver o acórdão de 28 de Fevereiro de 1991, Delimitis/Henninger Bräu, n.° 53 (C-234/89, Colect., p. I-935).

Conclusão

29. Tendo em conta as precedentes considerações, proponho ao Tribunal de Justiça que responda do seguinte modo às questões submetidas a título prejudicial:

«1) a) Uma legislação nacional que imponha às empresas, a que se refere o artigo 90.°, n.° 1, encarregadas da execução ou da organização de operações portuárias, a obrigação de fazer apelo, para essas operações, a trabalhadores portuários que possuam a nacionalidade do Estado-membro em questão é incompatível com as disposições conjugadas dos artigos 90.°, n.° 1, 7.°, 48.° ou 52.° e 59.° do Tratado CEE e não encontra qualquer justificação, nem por razões de ordem ou de segurança públicas, nem a título de emprego na administração pública ou de exercício da autoridade pública. As citadas disposições do Tratado possuem efeito directo.

b) Uma legislação nacional que incite, obrigue ou conduza inevitavelmente uma empresa a que se refere o artigo 90.°, n.° 1, a explorar de forma abusiva a posição dominante que detém numa parte substancial do mercado comum ou a exercer com outra empresa uma prática concertada, abuso ou prática que consistiriam, relativamente a operações portuárias solicitadas ou não, e por vezes nem sequer executadas, em aplicar preços ou outras condições não equitativas ou em restringir a distribuição ou o desenvolvimento técnico em detrimento dos utilizadores ou ainda em aplicar condições desiguais a prestações equivalentes em detrimento de parceiros comerciais, é incompatível com as disposições conjugadas do artigo 90.°, n.° 1, e do artigo 86.° ou do artigo 85.° do Tratado CEE. Conjugadas com essas disposições, as disposições do artigo 90.°, n.° 1, possuem efeito directo.

2) As empresas encarregadas da execução ou da organização das operações portuárias, entre as quais as operações de carga, descarga, transbordo e armazenagem das mercadorias no porto, não podem normalmente ser consideradas empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral, na acepção do artigo 90.°, n.° 2, do Tratado CEE, ou seja, de serviços que beneficiam directamente à colectividade. Compete ao juiz nacional verificá-lo concretamente. Caso o juiz nacional chegue a uma conclusão diferente, compete

ainda às empresas em questão demonstrar, perante o juiz nacional, se pretenderem invocar a derrogação prevista no artigo 90.°, n.° 2, qual é a natureza exacta das necessidades de interesse geral que as obriga a agir ao arrepio do que estabelecem os artigos 7.°, 85.° e 86.° do Tratado CEE. Só quando este último elemento puder ser igualmente comprovado perante o juiz nacional e, além disso, se puder demonstrar, eventualmente, após a Comissão ter sido contactada, que a condição referida na última frase do artigo 90.°, n.° 2, se encontra igualmente preenchida, se deve considerar que a legislação nacional, como a anteriormente descrita no n.° 1, alíneas a) e b), não é, de forma alguma, contrária ao artigo 90.°, n.° 1, conjugado com uma das disposições do Tratado referidas anteriormente no n.° 1, alíneas a) e b).»